

Carlos Federico Marcolin

**NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN EL SERVICIO
DE CAJAS DE SEGURIDAD EN EL SIGLO XXI**

TESIS DOCTORAL. UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA FE . Director de Tesis: Dr. Daniel Marcelo Zoso



editorial Juris

EL AUTOR

CARLOS FEDERICO MARCOLIN

Abogado por la Universidad Nacional del Litoral

Especialista en Derecho Comercial - Area Derecho Bancario (UNL)

Especialista en Derecho de la Magistratura (UCA / Sede Rosario)

Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica de Santa Fe)

–Posgrados son con acreditación en CONEAU–

Juez de Primera Instancia de Circuito (de mayo/2009 a diciembre/2014)

Juez de Primera Instancia Distrito Civil y Comercial (diciembre 2014 a la fecha)

Docente en Derecho Comercial, Facultad de Derecho UCA Santa Fe

Docente en Derecho Civil III - Contratos, Facultad de Derecho UCA Santa Fe

SUMARIO

Primera parte

LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y EL DERECHO BANCARIO MODERNO

CAPÍTULO I: Origen y evolución histórica de los bancos

CAPÍTULO II: La banca en Argentina

TÍTULO I: Cronología

TÍTULO II: El intervencionismo estatal

Sección I: Breve referencia a la banca central

Sección II: Normativa constitucional y nacional

TÍTULO III: Naturaleza jurídica de la actividad

CAPÍTULO III: El Derecho Bancario

TÍTULO I: Concepto

TÍTULO II: La contratación bancaria

TÍTULO III: El secreto o sigilo bancario

Sección I: Conceptualización

Sección II: Naturaleza jurídica

a) Teoría del uso o praxis

b) Teoría de la buena fe contractual

c) Teoría de la combinación de intereses

d) Teoría del secreto de la actividad comercial

e) Teoría del secreto profesional

f) Teoría de los derechos personalísimos

Sección III: Funcionamiento

a) Operaciones admitidas y sujetos obligados

b) Excepciones: Interés público vs. Secreto bancario

Segunda parte

LOS SERVICIOS BANCARIOS

CAPÍTULO I: Home banking o banca hogareña

CAPÍTULO II: Transferencia electrónica de fondos

CAPÍTULO III: Cajeros automáticos

CAPÍTULO IV: Cajas de seguridad

TÍTULO I: Antecedentes históricos y significación actual

TÍTULO II: Panorama nacional

TÍTULO III: Conceptos y caracteres esenciales

a) consensual

b) oneroso

c) conmutativo

d) de ejecución continuada o tracto sucesivo

e) de adhesión

f) de custodia

g) bilateral

h) no formal

i) principal

j) personalísimo o *intuitu personae*

k) típico

TÍTULO IV: Cuestiones relativas a la naturaleza jurídica

Sección I: Tesis del depósito

Sección II: Tesis del concurso de negocios

Sección III: Tesis del depósito cerrado

Sección IV: Tesis de la locación

Sección V: Tesis de la locación de cosa segura

Sección VI: Tesis del contrato mixto

TÍTULO V: Elementos esenciales y funcionamiento operativo

a) Elementos personales

1. El banco

2. El cliente

3. Usuarios

b) Elementos materiales o reales

a. La caja o cofre

b. El precio

TÍTULO VI: Contenido del contrato

a) Obligaciones a cargo del banco

1. Entrega de las llaves

2. Garantizar el acceso a la caja

3. Garantizar la intimidad

4. Garantizar la custodia

4.1. Custodia estática

4.2. Custodia dinámica

4.3. Visión jurisprudencial

5. Comunicar cambios en el servicio

b) Obligaciones a cargo del cliente

1. Pagar el precio o canon

2. Respetar las condiciones de uso

TÍTULO VII: Apertura forzada de la caja

a) Por falta de pago y vencimiento del plazo

b) Por falta de colaboración del usuario

c) Por disposición judicial de embargo, secuestro e inhibición

TÍTULO VIII: Causales de extinción del contrato

a) Por expiración del plazo

b) Por rescisión unilateral

c) Por resolución

d) Por muerte del titular

Tercera parte

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN EL SERVICIO DE CAJAS DE SEGURIDAD EN EL SIGLO XXI

CAPÍTULO I: Régimen de responsabilidad civil

TÍTULO I: Cuestiones preliminares

TÍTULO II: Unificación de los regímenes contractual y extracontractual

CAPÍTULO II: Responsabilidad civil bancaria

CAPÍTULO III: Configuración de la obligación bancaria

TÍTULO I: Obligación de resultados

TÍTULO II: Obligación de medios

TÍTULO III: Tesis intermedia

CAPÍTULO IV: Daños ocasionados por siniestros y fenómenos naturales

TÍTULO I: Terremotos

TÍTULO II: Inundaciones

TÍTULO III: Incendios

CAPÍTULO V: Daños ocasionados por la acción del hombre

TÍTULO I: Guerras y revoluciones

TÍTULO II: Robos

TÍTULO III: Sinopsis de casos nacionales

-Sánchez Tuñon, María Isabel y otro c/ Banco Itau Buen Ayre S.A. s/ Ordinario

Antecedentes de la causa

La sentencia de primera instancia

La resolución de la Cámara

Prueba del contenido del cofre

La cuantía resarcitoria

-Kreszes, David Julio c/Banco Patagonia S.A. s/ Ordinario

Antecedentes de la causa

La sentencia de primera instancia

La cuantía resarcitoria

Los agravios del actor

-Maero Suparo, Hernán c/ Banco Francés S.A. s/ Ordinario

Relato de los hechos

La sentencia de primera instancia

Los agravios

La sentencia de segunda instancia

-Cisnero De Nanni, Norma c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.

Los hechos

Agravios de la parte demandada

Agravios de la parte actora

La sentencia de segunda instancia

-Alurralde, Carolina Inés y otros c/HSBC Bank Argentina S.A.

Antecedentes del caso

La sentencia de primera instancia

Los agravios

La sentencia de segunda instancia

La causa penal

-Vaisblat de Schenkelman, María c/Banco Sudameris Argentina

Antecedentes del caso

El recurso de apelación del demandado

La sentencia de segunda instancia

-García, Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires

Los hechos

La sentencia de primera instancia

Los recursos interpuestos

La sentencia de segunda instancia

-Banco Rio de La Plata S.A. en Segarra José Hugo c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ Daños y Perjuicios s/ Incidente

Los hechos

La sentencia de primera instancia

La sentencia de segunda instancia

La sentencia de la Suprema Corte de Mendoza

-Milman Ana c/ Banco de la Nación Argentina s/Incumplimiento de contrato

Hechos y sentencia

La sentencia de segunda instancia

-E., N.J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Ordinario

Los hechos

La sentencia de primera instancia

Agravios del banco

La sentencia de segunda instancia

-Kundt, Melita S. c/ Banco Boston N.A.

Los hechos y la sentencia de grado

El recurso de apelación del actor y sentencia de alzada

CAPÍTULO VI: La acreditación del daño derivado del incumplimiento

contractual del servicio de cajas de seguridad

TÍTULO I: Problemática

TÍTULO II: Encuadre jurídico

TÍTULO III: Cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad

TÍTULO IV: La prueba del daño

CONCLUSIONES FINALES

-Índice bibliográfico

-Sitios web recomendados

-Índice por materias

-Jurisprudencia nacional

-Jurisprudencia extranjera

INTRODUCCIÓN

Bajo el título *Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil de las entidades financieras en el servicio de cajas de seguridad en el siglo XXI*, nuestra investigación se orienta hacia un tema arduamente discutido en doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

Los bancos intermedian prioritariamente en el mercado de los recursos financieros movilizandoo riquezas -esencialmente dinerarias-, constituyen una herramienta indispensable de desarrollo económico, pero bajo el control exclusivo y excluyente de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina.

Además de las clásicas operaciones crediticias prestan variados servicios: agente institorio de seguros, red de cajeros automáticos / transacciones electrónicas, cobro de impuestos y cajas de seguridad.

Este último ofrece dejar a resguardo cierto tipo de bienes dentro de cofres o cajas en recintos dotados de especiales y complejas medidas de seguridad, que esencialmente se caracteriza porque el contenido es desconocido por la entidad, a cambio de un precio en dinero.

Utilizado desde antaño con distintos matices, los ordenamientos jurídicos omiten en general su específica regulación, a excepción de los Códigos Italiano de año 1942, Paraguay de 1985, y recientemente en el Código Civil y Comercial Argentino vigente a partir del 1º de agosto de 2015.

La problemática gira entorno a la responsabilidad civil de los bancos por la prestación del servicio, y adquiere relevancia como consecuencia del incumplimiento del deber de custodia o seguridad que pesa sobre el prestador.

En este contexto nos proponemos dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué tipo de responsabilidad civil le cabe al banco? ¿Qué medios de pruebas resultan idóneos? ¿Quién carga con el onus probandi del daño? ¿Es posible pactar anticipadamente el quantum resarcitorio? ¿La legislación permite la reparación integral del daño? ¿Es necesaria una reforma legislativa?

Metodológicamente el trabajo de investigación consta de tres partes.

En la primera nos remontaremos al origen histórico de los bancos y su evolución histórica; el desarrollo de la actividad bancaria en Argentina y las normas que constituyen el moderno Derecho Bancario.

En la segunda, nos dedicaremos en forma pormenorizada al estudio del contrato de marras: antecedentes históricos, concepto y caracteres esenciales, naturaleza jurídica, elementos esenciales, funcionamiento operativo, derechos y obligaciones de las partes, supuestos de apertura forzada y causales de extinción.

En la tercera, se analizarán aquellos hechos de la naturaleza y actos humanos que influyen directamente en la obligación de seguridad del prestador y por ende, en su responsabilidad civil.

Munidos de los precedentes nacionales y extranjeros relevantes en la materia, enfatizaremos dos aspectos de la problemática: la acreditación del daño y la cuantía resarcitoria.

UN CAPÍTULO...

PRIMERA PARTE

LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y EL DERECHO BANCARIO MODERNO

CAPÍTULO I: Origen y evolución histórica de los bancos

Pretender hallar la génesis de la actividad bancaria implica, inexorablemente, remontarse a tiempos lejanos.

“Las investigaciones históricas, apoyadas fundamentalmente en la arqueología, han permitido constatar ejemplos de operaciones que hoy pueden considerarse bancarias y que se practicaban desde épocas muy antiguas. Por ejemplo, afirman los investigadores que en el Templo Rojo de Uruk, en la Mesopotamia, se encuentran rastros que permiten concluir que los sacerdotes recibían dones y ofrendas y prestaban parte a los esclavos y a los prisioneros. Igualmente, se cita como antecedente muy destacado el Código de Hammurabi en Babilonia, del cual se infiere que las actividades comerciales desarrolladas por sacerdotes y laicos y, más aún, las que podríamos llamar bancarias, habían adquirido tanta importancia que merecieron una detallada y prolija reglamentación”¹.

En la antigüedad, los griegos desarrollaron su economía a través de una ingeniosa combinación de dos factores: el comercio marítimo y la utilización de la moneda, a través de los *trapezitas* (prestamistas) y *colubitas* (cambistas), quienes facilitaron e intermediaron en las transacciones mercantiles especialmente en los templos, donde aceptaban dinero en custodia y simultáneamente lo aplicaban en operaciones de préstamos a particulares y al Estado².

Con esta modalidad “el templo de Delfos recibía –bajo la protección de Apolo- sumas considerables en custodia, desempeñando por lo tanto el papel típico de un banco de depósito. El dinero recibido en tal condición no permanecía improductivo, sino que era invertido en préstamos con garantía que gozaban de interés”³.

1 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Editorial Felabán, 2ª edición, Bogotá, 1997, 91.

2 Los templos eran considerados sacros e inviolables, y es por esa razón que se convirtieron en refugios relativamente seguros, dotados de milicias propias para su defensa, y sus riquezas generaban confianza en la sociedad.

3 MURATTI, Natalio, *Elementos de ciencia y técnicas bancarias*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1942, 40.

En cambio los romanos centraron sus esfuerzos en la regulación inmobiliaria y el formalismo de los actos⁴.

Bien es cierto que no desconocían los beneficios económicos de las transacciones comerciales, ya que “desarrollaron toda una serie de operaciones bancarias, cobros y pagos por cuenta de sus clientes, liquidación de herencias por el sistema de remate, entrega de dinero a interés, testificación de contratos, recepción de depósitos...”⁵ con intervención de los *numularii* (prestamistas) y *argentarii* (cambistas).

Ulpiano, Papiniano y Paulo citan en el *Corpus Iuris Civilis*⁶ normas sobre el depósito de dinero, permitiéndole a los banqueros⁷ recibirlos con la obligación de mantener siempre disponible el equivalente (*tantundem*), y entregar a cambio un

4 Los banqueros romanos estaban obligados a llevar tres clases de libros: a) caja (*codex accepti et expensi*) para anotar sus entradas y salidas, detallaban la naturaleza de las operaciones y el nombre de los interesados; b) cuenta corriente (*liber rationum*), en el que cada cliente poseía una cuenta; c) diario (*adversaria, epkemonis*) donde registraban las operaciones primarias. Si los libros eran llevados en forma, hacían plena fe en juicio. El formalismo románico en la materia sigue vigente. A modo de ejemplo, el C.Com. contenía en los artículos 43 y 63 las siguientes disposiciones: “Todo comerciante está obligado a llevar cuenta y razón de sus operaciones, y a tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme y de la que resulte un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles de registración contable. Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva”; “Los libros de comercio llevados en la forma y con los requisitos prescriptos, serán admitidos en juicio, como medio de prueba entre comerciantes, en hecho de su comercio, del modo y en los casos expresados en este Código. Sus asientos probarán contra los comerciantes a quienes pertenezcan los libros o sus sucesores, aunque no estuvieren en forma, sin admitírseles prueba en contrario, pero el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen ...”, respectivamente. El CCivCom conserva en líneas generales estos preceptos en los artículos 320, 321 y 330, que prescriben: “... Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros...”; “La contabilidad debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deban registrarse... los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva...”; “Eficacia probatoria. La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma con los requisitos precitados, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba. Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuviera en forma, sin admitírseles prueba en contrario. El adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar lo que le perjudican... La prueba que resulta de la contabilidad es indivisible”.

5 RODRIGUEZ AZUERO, op. cit., 92.

6 El *Corpus Iuris Civilis* es una recopilación de constituciones imperiales y de jurisprudencia romanas del 117 al 565, llevado a cabo a partir del 528 por los juristas Triboniano, Teófilo y Juan de Capadocia, bajo la orden de Justiniano I, emperador del Imperio Romano de Oriente. Es conocido con este nombre después de la edición en 1583 por Sioniaio Gotofredo en Ginebra, y hasta entonces se lo conocía como el *Codex Iustiniano*. El gran mérito de la obra de Justiniano (482-565) fue condensar el saber jurídico de Roma y actuar como el eslabón de continuidad para que ese pensamiento pasara a la conciencia jurídica europea. A principios del siglo XII, se emprendió un estudio de estos textos en Bolonia, Italia. La difusión del Derecho Romano se propagó así por el resto de Europa, incorporándose ya con el renacimiento del comercio a los sistemas legales de muchos países de la Europa continental y posteriormente a los ordenamientos jurídicos sudamericanos.

7 La actual terminología de banquero tiene su origen en Florencia, donde indistintamente se los llamaban *banchieri* o *tavolieri*, porque desarrollaban su actividad sentados detrás de un banco (*banca*) o mesa (*tavola*). Si el banquero se aprovechaba de sus clientes o perdía liquidez, las autoridades lo obligaban literalmente a romper el banco y la mesa donde trabajaban para que todos los ciudadanos conocieran la situación o *bancarotta*. En la antigua Grecia se los llamaba *trapezitei*, porque negociaban en una *trapeza* o mesa.

certificado o resguardo por escrito. El *tantundem* estaba garantizado por la acción de depósito (el depositante podía reclamar intereses moratorios si no lo recuperaba), y por la derivada del delito de hurto⁸.

Posteriormente aparecen en Roma las sociedades de banqueros o *societas argetariae*. Sus integrantes respondían por los depósitos con todo su patrimonio, aminorando así los abusos y fraudes a los depositantes.

Sin embargo las primeras operaciones comerciales que originan la actividad bancaria se llevaron a cabo con la implementación del trueque⁹.

Recién con la aparición y utilización de la moneda, el comercio ingresó en una etapa de expansión imponiéndose como instrumento de cambio y de pago universal, aceptable y de contenido patrimonial.

Aunque simple y rudimentario generó inconvenientes tales como la diversidad de cotizaciones, la divisibilidad sin pérdida del valor material, la homogeneidad del acuñamiento y, principalmente, los riesgos derivados de su valor intrínseco en oportunidad de ser transportadas¹⁰.

El incipiente desarrollo comercial e industrial se truncó como consecuencia de las invasiones bárbaras sucedidas en Europa en los siglos III a VII¹¹.

Coetáneamente, la Iglesia Cristiana a partir del Primer Concilio de Nicea¹² prohibió la aplicación de intereses al clero, extendiéndose al laicado en el siglo V.

El fundamento residía en los textos de la Sagrada Escritura: "Si prestas dinero a un miembro de mi Pueblo, al pobre que vive a tu lado, no te comportarás con él como un usurero, no le exigirás interés" (Éxodo XXII, 24); "... si tu hermano se queja en la miseria y no tiene con qué pagarte, tú lo sostendrás como si fuera un extranjero o un huésped, y él vivirá junto a ti. No le exijas ninguna clase de interés: teme a tu Dios y déjalo vivir junto a ti como un hermano. No le prestes dinero a interés, ni le des comida para sacar provecho" (Levítico XXV, 35-37); "...no obligues a tu hermano a pagar interés, ya se trate de un préstamo de

8 Recién a partir del siglo XIII algunos bancos empiezan a utilizar en beneficio propio el dinero de sus depositantes, promoviendo la banca con reserva fraccionaria y capacidad crediticia expansiva.

9 Este rudimentario sistema conlleva dos dificultades de orden práctico: la falta de coincidencia entre las necesidades recíprocas, y la inexistencia de un criterio de relación que permita evaluar el contenido patrimonial que cada parte le atribuye a los bienes intercambiados.

10 Las primeras monedas fueron metálicas, y acuñadas con metales preciosos y de demanda general como el bronce, estaño, plomo, platino, oro. Debido a las dificultades propias del traslado en grandes cantidades surge la moneda de papel, esto es, un título representativo de valor. Esta circunstancia es aprovechada por los gobernantes de turno para asirse de recursos extraordinarios para afrontar las contiendas bélicas, y así la emisión descontrolada envileció su valor.

11 Consecuencia directa de la destrucción del Imperio Romano de Occidente, considerado para la época una civilización de avanzada.

12 Convocado por el Emperador romano Constantino I en el año 325.

dinero, de víveres, o cualquier otra cosa que pueda producir interés” (Deuteronomio XXIII, 20); “...sean misericordiosos, como el Padre de ustedes es misericordioso. No juzguen y no serán juzgados; no condenen y no serán condenados; perdonen y serán perdonados. Den y se les dará. Les volcarán sobre el regazo una buena medida, apretada, sacudida y desbordante. Porque la medida con que ustedes midan, también se usará para ustedes” (Evangelio de San Lucas VI, 36-38).

A partir de allí “la prohibición plena y general a todos de dar préstamos con usura será apuntada en varios concilios parciales y normas particulares. Pero finalmente será a partir del siglo XII cuando se instaure, con los Concilios II y III de Letrán de 1139 y 1179 respectivamente, Lyon de 1180, y IV de Letrán de 1215, que terminaron plasmándose en las Decretales de Gregorio IX (1234), así como los de Viena de 1311 y el de Trento. Primero se prohibió el préstamo con intereses a los clérigos bajo pena de suspensión de todo oficio y beneficios eclesiásticos, y después se extendió la prohibición a los laicos, bajo pena de excomunión, declarándose además infames e indignos de la Eucaristía y de sepultura eclesiástica a los usureros manifiestos (si bien habría que leer *prestamistas* en general) y calificando de hereje a quien pertinazmente afirmara no ser pecado el ejercicio de la usura”¹³.

En este contexto histórico los judíos -excluidos de las normas eclesiásticas- se convirtieron en los principales prestamistas y banqueros, con lo cual adquirieron súbitamente riquezas y poder¹⁴.

Se instalaron mayormente en Lombardía hasta que Luis IX dispone el destierro, encierro y confiscación de sus bienes, especialmente aquellos documentos que contenían deudas del monarca, motivo por el cual emigraron hacia Inglaterra.

Así las cosas -y prohibición canónica del cobro de intereses mediante- los agentes económicos medioevales ensayaron una serie de artilugios para encubrir verdaderos préstamos y pagos de intereses celebrando contratos ficticios (retroventa o caución inmobiliaria); conviniendo cláusulas penales (ocultando el pago de intereses a través de sanciones monetarias);

13 JIMENEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, Editorial Dykinson SRL, Madrid, 2010, 30.

14 A los judíos también se les vedaba cobrar intereses, pero su prohibición no se extendía a los préstamos otorgados a los gentiles. Investigaciones históricas dan cuenta que los Fugger, banqueros de Habsburgo, incidieron en la elevación de Carlos V sobre Francisco I de Francia en el Sacro Imperio Romano Germánico en 1519. En 1523 ante la no devolución de los fondos, le enviaron al monarca una carta con el siguiente texto “Serenísimo y potentísimo Emperador Romano. Excelentísimo Señor: Vuestra Majestad Imperial: complace de qué modos quisimos yo mismo y también mis sobrinos servir a la gloria y a la grandeza de la Casa de los Habsburgo. Por tal motivo, hemos ofrecido nuestros servicios al antecesor de Vuestra Majestad Emperador Maximiliano y con su consentimiento hemos tomado obligaciones frente a varios príncipes que confiaron en nosotros, como en ningún otro. En ocasión de los tratados convenidos conforme al mandato recibido de Vuestra Majestad, puse a disposición grandes sumas con el objeto de alcanzar el fin deseado. Estas sumas, sin embargo, no teniéndolas yo ni mis sobrinos, debimos procurárnoslas dirigiéndonos a nuestros amigos... Es claro y conocido que Vuestra Majestad nunca habría podido conseguir la Corona sin mi ayuda ... Por tal motivo ruego a Vuestra Majestad quiera apreciar mis servicios prestados en vuestro interés y ordenar me sean devueltas las sumas puestas a disposición, juntamente con los intereses...”

incorporando declaraciones falsas de la suma prestada (el prestatario se comprometía a devolver una cantidad sin interés de un importe superior al recibido); y con operaciones de cambio (recargo por los intereses).

De ello da cuenta Huerta de Soto, para quien “no debe extrañar que a lo largo de la Edad Media y, con la finalidad de obviar la prohibición canónica del interés, muchos contratantes confesaran o declarasen expresamente que en vez de un verdadero préstamo o mutuo, el contrato que habían realizado era el de un depósito irregular de dinero. Esta expresa declaración justifica que a este procedimiento jurídico de ocultación del préstamo se le haya denominado *depositum confessatum*; depósito simulado que, a pesar de la declaración de las partes, no era en forma alguna un verdadero depósito, sino simplemente un préstamo o mutuo en el cual transcurrido el plazo de tiempo prefijado, la parte supuestamente depositante reclamaba su dinero, y si no era reintegrado por el supuesto depositario, se forzaba su declaración en mora y era condenado al pago de interés por un concepto aparente (la mora o supuesto retraso en la devolución del depósito) que nada tenía que ver con su motivo real (la existencia de un préstamo). De esta manera, y al vestirse de depósitos los préstamos, se conseguía circunvalar de una forma muy efectiva a prohibición canónica del interés, evitando las terribles sanciones que la misma tenía tanto en el ámbito temporal como en el espiritual”¹⁵.

En los albores del siglo XI, los cristianos emprenden contra los bárbaros una serie de exitosas campañas militares conocidas como cruzadas¹⁶, en gran parte de la Europa latina cristiana, especialmente en francos de Francia y en el Sacro Imperio Romano, con la intervención de la Orden del Temple¹⁷.

La Orden gestó una compleja estructura económica, crearon técnicas financieras, libros de cuentas y dos importantes documentos comerciales: el pagaré y la letra de cambio.

15 HUERTA DE SOTO, Jesús, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Editorial Unión, 4ª edición, Madrid, 2009, 57.

16 Las cruzadas se libraron durante un período casi de 200 años (1095/1291). El objetivo principal era recuperar el control cristiano de Tierra Santa y además, el control del comercio con Asia de los intereses expansionistas de la nobleza feudal, y del afán hegemónico del papado sobre las monarquías y las iglesias de Oriente.

17 La Orden del Temple fue fundada en 1118 por nueve caballeros franceses luego de la Primer Cruzada, con el propósito de proteger la vida de los cristianos que peregrinaban a Jerusalén luego de ser reconquistada. Los templarios llegaron a disponer de cuantiosos recursos financieros obtenidos bien como botín de sus campañas militares, bien como legado de príncipes y señores feudales. Disponían de más de nueve mil centros de actuación, con dos sedes principales. Orden militar y religiosa, proporcionaba seguridad en la custodia de depósitos, gozando de autoridad moral que los hizo acreedores de la confianza general; y así recibieron depósitos de particulares -contra el cobro de derechos de custodia-, se ocuparon del traslado de fondos -percibiendo una determinada cuota por el transporte y su protección-, y otorgaron préstamos con cargo a sus propios recursos. La orden adquirió prosperidad a punto tal que suscitó el temor y la envidia del mismísimo rey de Francia Felipe el Hermoso, que decidió con el fin de apropiarse de todas las riquezas de la orden disolverla, y condenar a muerte en la hoguera a sus principales responsables.

Los caballeros templarios erigieron fortalezas por todo el Mediterráneo y en Tierra Santa, recibieron donaciones, posesiones, bienes inmuebles, parcelas, tierras, títulos, derechos.

Dotadas de importantes medidas de seguridad para la época, la nobleza europea les confió la custodia de sus riquezas a punto tal que muchos se convirtieron en tesoreros reales y, con el correr de los años, en los primeros banqueros después de la caída de Roma.

Con el resurgimiento del comercio en Venecia, Pisa y Florencia entre los siglos XI y XII, se reanuda la actividad de los cambistas, quienes profesionalmente “participaban en el comercio del dinero y en el manejo del crédito. El cambio de moneda era, por cierto, lucrativo y los príncipes exigían ciertos censos por otorgarlos a un reducido número de personas, que con tal motivo adquirirían un carácter oficial. El negocio de los metales preciosos era privilegio de ellos [...] se estableció la costumbre de entregarles depósitos que tal vez no eran gratuitos; recibían también consignaciones y embargos judiciales, y por ello se entiende fácilmente que con frecuencia ejercieron funciones de agentes de pago y que, muchos de ellos, se hayan convertido en prestamistas de dinero”¹⁸.

Los primeros organismos financieros comienzan a funcionar a finales del siglo XIV y comienzos del XV, como los montes y los bancos.

Los montepíos “nacieron como una respuesta de la Iglesia, mediante la obra de los franciscanos y de particulares imbuidos del espíritu del cristianismo de amor al prójimo, contra la actividad usuraria de los judíos y lombardos”¹⁹.

Las comunas designaban sus autoridades, cargos confiados a personas ilustres y representativas del medio que lo ejercían *ad honorem*.

Los montepíos encontraron gran resistencia en Venecia, Florencia, Roma, Génova y Pisa, ciudades donde el sistema bancario imponía su poder.

Los bancos “pesaban el metal, verificaban su origen y denominación y procedían a depositarlo contra la apertura de una cuenta [...] Con el transcurso del tiempo, los clientes empiezan a acercarse a los bancos no sólo para realizar depósitos sino también para solicitar préstamos. La gran diferencia en estos casos es que estos préstamos no tenían un respaldo económico específico, sino que éste era de carácter general, y estaba conformado por todos los depósitos que el banco en cuestión tenía en ese momento”²⁰.

18 PIRENE, Henri, *Historia Económica y Social de la Edad Media*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 2009, 120.

19 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Régimen legal de Bancos*, Depalma, Buenos Aires, 1987, 17.

20 SARAVIA FRIAS, Bernardo, *Reflexiones sobre Derecho Bancario Moderno*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 2005-3, 10.

Los primeros bancos de depósito fueron el Banco de Venecia en 1156²¹, el de Valencia o *Taula de Canvi* en 1407, y en Génova ese mismo año el *Banco o Ufficio di San Giorgio*.

Posteriormente se establecieron bancos en Ámsterdam (1609), Hamburgo (1619), Róterdam (1635) y Estocolmo (1678) como bancos de depósitos y otorgantes de préstamos a sus respectivos gobiernos.

Con el descubrimiento de América “la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para las operaciones de préstamos, la banca adquirió una especial personalidad y se configuró con sus características modernas, dentro de las cuales se destaca la presencia del billete como forma monetaria, ya no vinculado a la existencia de unos determinados bienes en depósito, ni emitido a un beneficiario en particular, sino expedido al portador, transferible por simple entrega y con la función primordial de instrumento cambiario”²².

En Inglaterra la actividad bancaria se encontraba a cargo de los orfebres (*goldsmiths*)²³ y cobró auge hasta el año 1290, cuando fueron expulsados los judíos del territorio. Se desarrolló con algunos controles estatales hasta 1672, año que se declara la bancarrota estatal.

Huerta de Soto enseña que “los bancos de la Antigüedad y del Medioevo difieren de los modernos principalmente por la diversidad de las funciones. Los primeros consideraban como sus funciones principales la conservación del dinero, momentáneamente ocioso y de cambio [...] del trabajo de conservación del dinero y del cambio de moneda fue surgiendo el trabajo de intermediación, en los pagos internos e internacionales con las cuentas de giro y la emisión de los cheques. Pero los bancos que al principio mantenían ocioso el dinero que se les confiaba para su conservación y solicitaban una compensación por la conservación misma, comenzaron a emplearlo en préstamos de distinta índole que les proporcionaban un lucro. Tales préstamos fueron primeramente hechos sin el conocimiento del depositante y, más tarde, con él”²⁴.

21 Creado como consecuencia de un empréstito forzoso destinado a atender los gastos de la Guerra de Oriente exigido por el gobierno de la República de Venecia en el siglo XII.

22 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, op. cit., 93.

23 Los orfebres en su calidad de comerciantes y poseedores de metales preciosos y ante los riesgos del bandolerismo y codicia ajena, se valieron de especiales sistemas de seguridad. Es por ello que recibieron bienes en custodia, a cambio de los cuales expedían un certificado en el cual constaba su recibo. En ocasiones, el titular del depósito en lugar de reclamar los bienes entregados, negociaba el título con otra persona. Al mismo tiempo, se constató que los bienes y monedas entregados en custodia permanecían indefinidamente y en un volumen considerable. Así comenzaron a transferir los bienes o a otorgar crédito con base en los depósitos en su poder.

24 HUERTA DE SOTO (op. cit, 59, nota 52) además entiende que la violación por parte de los banqueros de los principios generales del derecho y la apropiación indebida en forma de préstamos de dinero que les era depositado a la vista, se efectuaba siempre en forma oculta y vergonzosa, pues considera que se tenía plena conciencia de lo ilícito e ilegítimo de su proceder y, además, de que si el mismo llegaba a ser conocido por sus clientes, se perdería de inmediato la confianza en el banco, viniendo la bancarrota con toda seguridad. Ello explica el tradicional secretismo de la actividad bancaria junto con el carácter abstracto y

Lo expuesto representa el germen de la actividad bancaria moderna, la intermediación entre los que poseen capitales ociosos y aquellos que lo precisan para invertirlos en objetos productivos o para destinarlos a objetos de consumo.

La profesionalidad bancaria se refleja en el desarrollo de técnicas especiales para el desarrollo de su actividad, les permite cumplir tanto con las tradicionales operaciones de provisión de medios de pagos a la comunidad e intermediación del crédito, como con las modernas funciones económicas de creación del dinero bancario o expansión del crédito, ejecución de la política monetaria de los Estados, operatorias fiduciarias, inmobiliarias y de seguros en el mercado de capitales.

La actividad es esencialmente riesgosa y "la hace sumamente vulnerable teniendo presente su alto nivel de endeudamiento [...] el riesgo aparece como algo inherente a ella [...] juega en esta actividad como un acicate, porque a mayor riesgo es mayor la rentabilidad o ganancia [...] lo difícil es conocer la exacta dimensión del riesgo a asumir y allí radica, precisamente, la virtud del buen banquero"²⁵.

difícil de entender las transacciones financieras, por lo que da lugar a que -incluso en nuestros días- exista según el autor poca transparencia en el sector bancario y a que la mayor parte del público siga desconociendo el hecho fundamental de que los bancos, más que verdaderos intermediarios financieros como suelen presentarse, no son sino meros agentes de la creación expansiva a partir de la nada, de créditos y depósitos.

25 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Edición del Autor, Buenos Aires, 2005, 56.